



Volume 1, Issue 3, 2021

## Pragmatic Approach (Pragmatism) in Criminal Regulations; Grounds and Challenges

Fatemeh Mohammadzadeh<sup>1</sup>, Hossein Mir Mohammad Sadeghi\*<sup>2</sup>, Mohammad Ali Mahdavi Sabet<sup>3</sup>, Ghasem Ghasemi<sup>3</sup>

1. PhD Student in Criminal Law and Criminology, Faculty of Theology and Political Sciences, Science and Research Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran.
2. Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Faculty of Law, Beheshti University, Tehran, Iran; Department of Criminal Law and Criminology, Faculty of Theology and Political Sciences, Science and Research Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran. (Corresponding Author)
3. Assistant Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Faculty of Theology and Political Sciences, Science and Research Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran.

### ARTICLE INFORMATION

**Type of Article:**

**Original Research**

**Pages: 165-177**

**Corresponding Author's Info**

**ORCID:** 0000-0001-8849-5308

**TELL:** +989125507476

**Email:** drsadeghi128@yahoo.com

**Article history:**

**Received:** 10 Jun 2021

**Revised:** 01 Aug 2021

**Accepted:** 29 Aug 2021

**Published online:** 23 Sep 2021

**Keywords:**

*Pragmatism, Expediency, Usefulness, Legislative Ambiguity, Criminal Instrumentalism.*

### ABSTRACT

The school of pragmatism is one of the prominent and prominent schools of interpretation in the late 19th century in America, which, with components such as expediency and usefulness, assigns a prominent role to the judge as an interpreter. Paying attention to this approach, especially in the field of criminal proceedings, will be the source of challenges such as criminal instrumentalism, components of crime in the current criminal regulations of our country provide grounds for the use of this approach in the judicial system. Based on this, the purpose of this article is to examine pragmatics (pragmatism) in criminal regulations; Fields and challenges. This article is descriptive and analytical and it has investigated the mentioned subject by using the library method. The findings indicate that the judge is allowed to use non-legal and empirical information, such as sociological or economic information, beyond textual and legal interpretation. Several bases and Ambiguity and generalization of the legislator in determining the elements of crimes, as well as the authority of the judge in determining the judicial punishment or granting friendly institutions such as accepting the perpetrator's repentance, are among these areas. Of course, the challenges and problems caused by the extension of this type of pragmatic interpretation are far more. Issues such as populism and criminal instrumentalism and ultimately the existence of split votes and taste among judges and the reduction of the authority of the judicial system, will be among the challenging results of this type of approach.



This is an open access article under the CC BY license.

© 2021 The Authors.

**How to Cite This Article:** Mohammadzadeh, F; Mir Mohammad Sadeghi, H; Mahdavi Sabet, MA & Ghasemi, GH (2021). "Pragmatic Approach (Pragmatism) in Criminal Regulations; Grounds and Challenges". *Journal of Comparative Criminal Jurisprudence*, 1(3): 165-177.



## مقدمه

عمل‌گرایی، فلسفه‌ای است که به دشواری می‌توان ماهیت آن را درک نمود. در زبان فارسی از آن به «مکتب اصالت عمل» یا «مکتب اصالت صلاح عملی» یا «عمل‌گرایی» تعبیر کرده‌اند و ممکن است این تصور اشتباه پیش آید که عمل‌گرایی درس مصلحت‌جویی یا رهاکردن نظر و پرداختن به عمل بدون اندیشه است (داوری اردکانی، ۱۳۹۲: ۲۳۶). هرچند به‌طور سنتی کتاب «طبیعت فرایند قضایی» نوشته بنجامین کاردوزو را باید یک بیانیه روشن، موجز و قابل فهم از پراگماتیسم حقوقی و همچنین یکی از نوشته‌های پیشرو در جنبش رئالیسم حقوقی به‌شمار آورد (کیوانفر، ۱۳۹۰: ۱۲۰)، لیکن در حال حاضر ریچارد پازنر را می‌توان پرچم‌دار عمل‌گرایی حقوقی دانست، البته او معتقد است موارد کمی وجود دارد که فلسفه عمل‌گرایی مورد استفاده حقوق باشد، ولی وضعیت عملی کمک بسیاری برای حقوق داشته است (Posner, 2003: 49-50). در این بین در حیطه مقررات کیفری، به‌دلیل ارتباط مستقیم این مقررات بر حقوق افراد جامعه (اعم از بزه‌دیده و متهم یا بزهکار)، اصول متعددی همچون اصل تفسیر مضیق متون جزایی، اصل قانونی بودن جرم و مجازات وجود دارد که عرصه را بر تفسیرهای عمل‌گرایانه‌ای که بر حسب نظر و سلیقه قاضی مفسر، مقتضی سودمندی و مصلحت است، تنگ می‌گرداند. با این حال برخی بسترها در نظام تقنینی کیفری کشورمان وجود دارند که زمینه‌های اعمال رویکرد عمل‌گرایانه توسط قضات را فراهم نموده‌اند. یکی از بارزترین این زمینه‌ها، ابهام‌گرایی تقنینی در تبیین مؤلفه‌ها و عناصر جرم است که این امر به‌نوبه خود نظام عدالت کیفری را با چالش‌های چندی، از قبیل مسأله ابزارگرایی کیفری، سلیقه‌گرایی در بین قضات بر حسب مشرب فکری آنان، برخورد دوگانه در راستای تحدید حدود حقوق بزه‌دیده و متهم روبه‌رو می‌نماید. بر همین اساس ضروری است زمینه‌ها و چالش‌های رویکرد عمل‌گرایانه (پراگماتیسم) در مقررات کیفری بررسی شود. براساس آنچه گفته شد، سؤال مقاله بدین شکل قابل طرح است که زمینه‌های کاربست رویکرد عمل‌گرایانه (پراگماتیسم) در مقررات کیفری کدام است و چالش‌های آن چیست؟ به‌منظور بررسی سؤال مورد اشاره ابتدا

رویکرد عمل‌گرایانه و مؤلفه‌های آن بررسی شده و در ادامه از زمینه‌های کاربست رویکرد عمل‌گرایانه (پراگماتیسم) در مقررات کیفری کدام است و چالش‌های آن بحث شده است.

## ۱- رویکرد عمل‌گرایانه و مؤلفه‌های آن

عمل‌گرایی حقوقی<sup>۱</sup> به درستی درک نشده است. منتقدین آن را به‌عنوان فلسفه حقوق شکاکانه، غیرنظری و بدقواره معرفی می‌کنند که ساختار متفاوت بین استدلال حقوقی و تصمیم‌سازی را انکار می‌کند (Lind, 2012: 213-267)، حتی برخی از طرفداران عمل‌گرایی دوست دارند آن را به‌عنوان فلسفه‌ای که مستعد هرگونه نتیجه‌ای که فرد می‌خواهد بدان برسد، معرفی کنند (Lind, 2012: 213-268). برای بسیاری از منتقدین سرسخت، عمل‌گرایی چیزی بیش از یک اندیشه «نتیجه‌محور» فرصت‌طلبانه نیست (Lind, 2012: 213-268). با این حال و برای بررسی تأثیر عمل‌گرایی در مقررات کیفری، ابتدا باید به شناخت مفهوم، مختصات و مؤلفه‌های آن بپردازیم.

## ۱-۱- رویکرد عمل‌گرایانه

پراگماتیست‌ها با بهره‌گیری از اندیشه هرمنوتیک<sup>۲</sup> بر نقش مفسر در تعیین معانی واژگان قانون تمرکز دارد. آن‌ها فرض می‌کنند که هیچ معنای واحد و درستی از واژگان قوانین وجود ندارد. وجود تفاسیر متعدد و متنوع در این مکتب قابل پذیرش است. پراگماتیسم از هر وسیله رایجی در تفسیر بهره می‌گیرد، البته در صورتی که به نظرشان به نتایج مورد نظر که عموماً ایجاد ارتباط میان عواملی نظیر سنت و نفع عمومی است، منجر گردد. از آنجا که این مکتب معتقد است یک متن هیچ معنایی پیش از تفسیر ندارد، همیشه نتایج قابل پیش‌بینی به‌وجود نمی‌آورد (باوری و همکاران، ۱۳۹۶: ۵۲). عمل‌گراها معتقدند که قضات نباید خود را ملزم به قواعد حقوقی از پیش موجود بدانند، بلکه وظیفه و نقش قاضی در این بین بسیار پررنگ و صدور رأی باتوجه به پیامدهای آن برای فرد و جامعه می‌باشد. عناصر تفسیری که رویکرد پراگماتیک بدان قائل است، عبارت‌اند از (سیمایی صراف و همکاران، ۱۳۹۵: ۷۰-۴۷): ۱- فقدان جزمیت در استدلال حقوقی؛ ۲- قیاس‌گریزی؛ ۳-

<sup>2</sup>- Hermeneutics

<sup>1</sup>- Legal Pragmatism

در نظام حقوقی، جامعه و دولت است که توجه بدان به دوراندیشی فراوان و احاطه کامل به امور اجتماعی نیاز دارد. منظور از مصلحت، توجه به همه آثار دور و نزدیک اقدامی در حال و آینده است و همین نکته از خطر مصلحت‌بینی خصوصی در دعوی می‌کاهد و دادرسان را به نوعی کردن عدالت ترغیب می‌کند» (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۱۷۳/۱). «در نقد مصلحت‌گرایی دادرسان در اندیشه عمل‌گرایانه، گفته می‌شود که امروزه مفهومی تحت عنوان مصلحت جامعه، فارغ از مصلحت دو طرف دعوی نیز وجود دارد. به گفته پاند، نقش دادرس محدود به تفسیر فنی حقوق نیست، بلکه تشخیص مصلحت‌های لازم برای رسیدن به راه حل سازگار با ترقی انسانی و ایجاد موازنه بین آن مصلحت‌ها است. این وظیفه را که پاند به «مهندسی اجتماعی»<sup>۳</sup> تعبیر کرده است، به آسانی نمی‌توان انجام داد. در مرحله نخست، باید دید در هر اجتماع چه مصالحی وجود دارد، اقسام و درجه اهمیت آن‌ها چیست و کدام یک از آن‌ها ارزش دخالت در مهندسی اجتماعی را دارد؛ در مرحله دوم، معیاری لازم است که وسیله سنجش ارزش‌ها قرار گیرد و نشان دهد که در مقام تعارض کدام مصلحت باید مقدم شمرده شود» (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۴۸۷/۱). «بدین ترتیب نقش دادرس تنها این نیست که شیوه رفع خصومت را در میان آرای گذشته بیابد و آن را به عنوان حقوق به کار برد، بلکه او باید، به یاری جامعه‌شناسی و روان‌شناسی اجتماعی و اقتصاد، خواسته‌ها و مصالح گوناگون را در هر دعوی بشناسد و برای متعادل ساختن آن‌ها چاره‌جویی کند و در این راه از آرمان‌های اجتماعی الهام بگیرد» (کیوانفر، ۱۳۹۰: ۱۳۵).

#### ۱-۲-۲-۱- برجستگی نقش دادرس

از منظر پراگماتیسم حقوقی، قانون در خدمت نیازهای انسانی است و وظیفه خود را تحت فرمان «قاضی»<sup>۴</sup> (مفسر) به اجرا درمی‌آورد (کیوانفر، ۱۳۹۰: ۱۳۵). عمل‌گرایان حقوقی از بعد روش‌شناختی، همانند دیگر مخالفان اثبات‌گرایی حقوقی، موافق «قانون‌گذاری قضایی» دادرسان هستند، چون به تجربه و در عمل به عدم کمال کیفی حقوق موضوعه و منابع آن، وقوف یافته‌اند (شاهچراغ، ۱۳۹۳: ۲۱). «براساس این مکتب،

زمینه‌گرایی؛ ۴- ماهیت‌گریزی. در حوزه تفسیر، «قاضی پازنر»<sup>۱</sup> در مورد ابهام قوانین در مقام کاربرد معتقد است که این ابهام اولاً به دلیل ضعف قوانین در مقام نگارش نیست؛ ثانیاً به علت ناتوانی قانون‌گذاران در توافق درباره هدف وضع قانون نیز نمی‌باشد، بلکه دلیل آن این است که قانون، لزوماً پیش از اجرا و برای حل مشکلات آینده تنظیم می‌شود (پترسن، ۱۳۹۵: ۳۲۳)، بر این اساس، از نظر پراگماتیست‌ها، قانون و حقوق مجموعه ابزارهایی در دست قاضی و برای تحلیل بهتر هستند.

#### ۱-۲-۲- مؤلفه‌های رویکرد عمل‌گرایانه

در نظام ارزشی پراگماتیسم، درستی به معنای مفیدبودن و کارآمدی است، پس هیچ اصل کلی پیشینی نمی‌تواند امر درستی را در آینده تضمین کند، اما مشاهده و تجربه، اطمینان می‌دهد که چه به کار می‌آید و چه چیزی مهمل و بی‌فایده است، همچنان که تحلیل اقتصادی حقوق که ذاتاً رویکردی پراگماتیستی دارد، مشروعیت روش تجربی خود را از پراگماتیسم به دست آورده است (Kreke, 2004: 421-437). ویژگی‌هایی نظیر مصلحت‌گرایی، برجستگی نقش دادرس، سودمندی و مفهوم ابزاری حقوق، از مختصات و ویژگی‌های رویکرد عمل‌گرایانه می‌باشند که به جهت کمک به شناسایی مفهوم دقیق این رویکرد، به نحو مختصر مورد بررسی و تبیین قرار می‌گیرند.

#### ۱-۲-۱- مصلحت‌گرایی

«عمل‌گرایان، ضمن تأکید بر عینیت حقیقت و مصلحت، آن را به منفعت و سودمندی تفسیر می‌کنند. در رویکرد عمل‌گرایانه، حقوق فقط مجموعه‌ای از قواعد الزام‌آور نیست، بلکه نظامی است که در آن، منافع متعارض تعادل می‌یابند، نظامی که در آن حداکثر خواسته با کمترین برخوردهای ممکن فراهم می‌شود. هدف اصلی حقوق جمع کردن و همگام‌ساختن منافع گوناگون و متعارض است» (سلیمی، ۱۳۸۹: ۳۹). «مصلحت‌جویی»<sup>۲</sup> در مکتب پراگماتیسم بدین معنی نیست که دادرس تنها به مصلحت نزدیک و مستقیم توجه کند و برای به دست آوردن چنین نتیجه‌ای حکم دهد. مصلحت والاتر، بازتاب صدور حکم

<sup>3</sup>- Social Engineering

<sup>4</sup>- Judge

<sup>1</sup>- Richard Allen Posner

<sup>2</sup>- Expediency

به‌طور خلاصه، از خود زندگی کسب کند. قاضی یابنده قانون نیست، بلکه سازنده آن است (کیوانفر، ۱۳۹۰: ۱۲۰).

«در توضیح تفاوت دادرس تحقق‌گرا و دادرس مصلحت‌گرا باید گفت که دادرس مصلحت‌گرا اولویت‌های متفاوتی دارد. دادرس مصلحت‌گرا می‌خواهد، با در نظر گرفتن نیازهای گذشته و آینده، بهترین تصمیم را اتخاذ کند، لذا پایبند آن نیست که خود را با تصمیمات گذشته تطبیق دهد. او به گذشته، تصمیمات قبلی و قوانین بی‌اعتنا نیست، بلکه آن‌ها را منبع دانش و آگاهی و حکمت می‌داند که فاصله گرفتن ناگهانی از آن‌ها ممکن است به نتایج بد منجر شود. او می‌داند که ممکن است بین اجرای عدالت ماهوی و حتمیت و قابلیت پیش‌بینی قوانین، تعارض باشد، نمونه بارز آن را در مقررات مرور زمان می‌توان دید. این تعارض، گاهی ممکن است به فداکردن عدالت ماهوی در برابر انتظارات معقول و ضروری برای اداره منظم جامعه منتهی شود. دلیل دیگر که مانع از بی‌توجهی دادرس مصلحت‌گرا می‌شود، آن است که بدون توجه به گذشته غالباً، تعیین منظور و قلمرو یک قاعده بسیار دشوار است» (انصاری، ۱۳۸۷: ۷۰).

### ۱-۲-۳- سودمندی

«در آیین تفکر عمل‌گرایی، سیر و سلوک برای «انتخاب سودمندتر» است و در راه تحقق این هدف است که باید به نتایج عملی آن اندیشید. در جریان دعوی نیز همین قاعده حکومت دارد: وکیل و دادرس هرکدام به نتایج دلخواه خود نظر دارد. وکیل می‌خواهد دعوی را به‌گونه‌ای مطرح سازد که موکلش بر مبنای اصول حقوقی، صاحب حق به نظر آید؛ پیوسته بدین هدف می‌اندیشد و انگیزه و راهبر او در انتخاب وقایع مورد استفاده و فراهم‌آوردن قضایای منطقی وصول به همین هدف مطلوب است، درحالی‌که دادرس به پاره‌ای نتایج نظر دارد که به گفته «دیویی»<sup>۱</sup> «نخستین آن‌ها انطباق دعوی است با قانون» (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۱۷۷/۱). «بدین‌سان عقیده رایج به رویدادی در گذشته باید نه برحسب آن‌که رویداد واقعاً روی داده است یا نه، بلکه برحسب اثرات آینده آن عقیده، در شمار عقاید خوب و بد طبقه‌بندی شود. پرسش درخصوص این‌که کدام گزینه اخلاقی از لحاظ عینی معتبرتر است، هرگز وجود ندارد و نتیجه

برای اتخاذ تصمیمات قضایی مناسب باید به آثار آن‌ها توجه شود. دادرس باید همواره پیش‌نگر بوده و آینده را مد نظر داشته باشد. همچنین دادرس باید «نتیجه‌نگر» نیز باشد و بتواند آثار احتمالی تصمیم خود را بر دعاوی آینده و بر کل جامعه تشخیص داده و مورد تجزیه و تحلیل قرار دهد. به اعتقاد این مصلحت‌گرایان حقوقی، دادرس پایبند به قواعد حقوقی نیست و می‌تواند برای نیل به نتیجه‌ای که عادلانه یا منصفانه و یا به مصلحت می‌بیند، مفاهیم و اصطلاحات حقوقی و قانونی را به طور مستمر مورد ارزیابی قرار داده و از آن‌ها قرائت‌های مختلف ارائه کند. برای مثال، به‌هنگام مواجهه با جرم، دادرس سنتی معمولاً سعی دارد احراز کند که آیا ارکان و عناصر اساسی آن جرم وجود دارد یا نه؟ این عناصر به‌طور سنتی در رسیدگی به جرایم احراز می‌شود. دادرسان مصلحت‌گرا نیز همین مراحل را طی می‌کنند، اما علاوه بر این موارد، به نتایج اجتماعی محتمل تصمیم خود در مورد آن جرم نیز توجه دارند» (انصاری، ۱۳۸۷: ۷۰-۶۹). «درواقع، دادرس مصلحت‌گرا می‌تواند به‌آسانی با الفاظ و مفاهیم قانونی بازی کرده و از آن‌ها معانی مورد نظر را استخراج کند، اما وی ملزم نیست تنها به قواعد حقوقی توجه داشته باشد، بلکه می‌تواند از هر دلیلی که به تصمیم قضایی او مربوط می‌شود و می‌تواند آن را توجیه کند، استفاده کند. برخلاف دادرسان سنتی، وی می‌تواند به انواع داده‌ها نظیر داده‌های جامعه‌شناختی و اقتصادی استناد کند» (انصاری، ۱۳۸۷: ۷۰)، البته قاضی عقاید شخصی خود را مبنای قضاوت قرار نمی‌دهد، ملاک قضاوت، باور معقول قاضی درباره نگرش مردم و برداشت معقول آن‌ها از امر درست است؛ معیار این سنجش، مردمی هستند با قوه ادراک و وجدانی متعارف. **کاردوزو** می‌نویسد که اگر قوانین اهداف خود را تأمین نکنند، معیوب‌اند. آن‌ها گاهی یکدیگر را از اثر می‌اندازند یا به کلی نابود می‌کنند. گاه در سایه به زندگی خود ادامه می‌دهند، اما به شکل سترون، دست بریده و ناتوان از ایجاد اثر (کیوانفر، ۱۳۹۰: ۱۲۰).

اما قاضی دانش لازم برای سنجش منافع اجتماعی و درواقع منافی که به قانون شکل می‌دهند را از کجا بیابد؟ پاسخ **کاردوزو** این است: او باید دانش خود را از تجربه، مطالعه و تأمل،

<sup>۱</sup> John Dewey (1859-1952)

را به‌نحو کلی در عرصه حقوق و به شکل خاص در عرصه حقوق کیفری نیز می‌توان دید. بر این اساس حقوق کیفری وسیله‌ای در خدمت اهداف از پیش تعیین شده است و اگر بتواند ما را به این اهداف نائل سازد، در آن صورت صحیح و درست تلقی می‌شود، ولی اگر در نیل به اهداف مقتضی ناکام باشد، ابزاری نامفید، ناکارآمد و نامناسب بوده و در استفاده از آن باید تجدید نظر کرد.

رابطه بین ابزارگرایی<sup>۳</sup> و عمل‌گرایی<sup>۴</sup> در هم تنیده و متقابل است. از یک‌سو، خاستگاه فلسفی ابزارگرایی را باید در فلسفه عمل‌گرایی جستجو کرد؛ عملی‌بودن و مفیدبودن، هسته مرکزی مباحث عمل‌گراها می‌باشد (افراسیابی و مصطفی‌زاده، ۱۳۹۳: ۴۶-۱۹). از سوی دیگر، ابزارگرایی، خود یکی از مبانی فکری عمل‌گرایی حقوقی است.

## ۲- زمینه‌های کاربردی عمل‌گرایی در مقررات کیفری

جزمی و قاطع‌بودن استدلال قضایی، هدفی دست‌نیافتنی می‌نماید. در استدلال حقوقی، برخلاف قیاس منطق صوری، عنصر انسانی و تفسیر ذهنی دادرس تعیین‌کننده محتوای کبرا و احراز صغرای قضیه است (الشریف، ۱۳۸۶: ۴۰-۱). در نتیجه گیری نیز بیش از آن‌که با استنتاجی خودکار و قهری روبه‌رو باشیم، با یک تصمیم‌گیری مواجهیم؛ چیزی که در خود، اختیار و ترجیح را نشان می‌دهد (Perelman, 1968: 162). با این حال در مقررات کیفری فعلی‌مان، بسترها و زمینه‌هایی بر جولان رویکرد عمل‌گرایی وجود دارد که بعد از تبیین آن‌ها در این قسمت، به بررسی چالش‌های روی‌آوری به این رویکرد در حیطه مقررات کیفری خواهیم پرداخت.

### ۲-۱- ابهام‌گرایی تقنینی در تبیین مؤلفه‌ها و عناصر جرم

رکن قانونی، جرم را ایجاد و ارکان و شرایط متشکله آن را اعلام می‌نماید. رکن قانونی از گذر ایجاد محدودیت برای کارگزاران حکومتی، تضمین‌کننده حقوق و آزادی‌های شهروندان است (اردبیلی، ۱۳۹۵: ۱/۱۸۵).

جستجوی عینی فقط می‌تواند دست‌یافتن به حداکثر دیدگاه مشترک اعضای جامعه باشد. تنها دوانگاری و تمایز مورد تأیید پراگماتیسم، تمایز میان توصیف‌های کمتر سودمند و توصیف‌های بیشتر سودمند است» (محمدغفوری، ۱۳۹۲: ۱۰۱).

«البته پراگماتیست‌ها در برابر پرسش سودمند برای چه؟ چیزی برای گفتن ندارند جزء این‌که سودمند برای ایجاد آینده‌ای بهتر، هرگاه از آن‌ها پرسیده شود بهتر بر پایه چه معیاری؟ می‌گویند بهتر به معنای به‌دست‌آوردن چیزی که ما خوب می‌شماریم و گریز از آنچه ما بد می‌پنداریم و هرگاه از آن‌ها پرسند چه چیزی را واقعاً خوب می‌دانید؟ پاسخ خواهد داد «رشد»؛ دیویی می‌گفت که رشد تنها غایت اخلاقی است» (محمدغفوری، ۱۳۹۲: ۱۰۲). بر این اساس و با نگاه از بعدی دیگر می‌توان گفت در نظر مکتب پراگماتیسم، افکار و عقاید همچون ابزارهایی هستند برای حل مسائل و مشکلات بشر تا زمانی که اثر مفیدی دارند، صحیح و حقیقی‌اند و پس از آن غلط و خطا می‌شوند.

### ۱-۲-۴- مفهوم ابزاری حقوق

«به‌طور کلی، دادرسان به انطباق دعوی با قانون نظر دارند، پس قواعد حقوق و تنظیم منطقی حقوق، به گونه‌ای که در هر زمینه توده آرا به چند اصل کلی و هماهنگی تبدیل شود، ممکن است مقصود نهایی باشد، لیکن در آخرین وهله، فقط به‌عنوان ابزاری است سودمند که دست‌یافتن به تصمیم در دعوی خاصی را ممکن می‌سازد» (محمدغفوری، ۱۳۹۲: ۱۰۲-۱۰۱).

مطابق نظریه ابزارگرایی<sup>۱</sup>، رفتار درست همراه با نتایج خوب<sup>۲</sup> است. مطابق این نظریه، درستی یک رفتار کاملاً وابسته به خوب‌بودن یا بدبودن نتایج آن است (Lind, 2012: 213-268). خود فیلسوفان ابزارگرا در چگونگی اعمال این نظریه با هم اختلاف دارند. این اختلاف وجوه مختلفی دارد، از جمله چگونگی طبقه‌بندی ابعاد نتایج ابزار (مانند سعادت، لذت یا منفعت)، آیا با همه لذت‌ها و ترجیحات یکسان برخورد شود یا براساس معیارهایی نظیر ارزش کمی یا عدالت توزیعی رفتار متفاوت داشت (Lind, 2012: 213-268). نظریه ابزارگرایی

<sup>3</sup>- Instrumentalism

<sup>4</sup>- Pragmatism

<sup>1</sup>- Instrumentalism Theory

<sup>2</sup>- Good Consequences

مختلفی از یک مفهوم مبهم ارائه دهند، بدین سان دادرسان به جای «اعمال» قانون، اقدام به قاعده‌سازی و «خلق و ابداع» جرم می‌کنند. در این موارد برخلاف اصل قانونمندی و تفکیک قوا، فهم شهروندان از قانون و دریافت پیام قطعی مقنن از گذر مطالعه متن جرم‌انگار میسر نیست (صفاری و همکاران، ۱۴۰۰: ۱۵۷-۱۸۷).

بنابراین در تقابل اصل عدم قطعیت در جوامع مخاطره‌آمیز با قطعیت حقوق کیفری، از گذر برتری دفاع از جامعه در مقابل حقوق فردی، نوعی ابهام در متون قانونی و انعطاف‌پذیری در پیش‌بینی ارکان جرایم شناسایی می‌شود، بدین سان پیش‌بینی جرایم مخاطره‌آمیز، قانون‌گذاری بازبافت و ابهام‌گویی تقنینی را به دنبال دارد. پیش‌بینی مخاطراتی چون «پخش مواد خطرناکی چون سمی، میکروبی و ...» دامنه‌دار بودن مصادیق مواد خطرناک، قصد اخلاف گسترده در ماده ۲۸۶ قانون مجازات اسلامی، نمونه‌ای از تأثیر منطقی مخاطره‌آمیز بر کلی‌گرایی تقنینی است (صفاری و همکاران، ۱۴۰۰: ۱۵۷-۱۸۷). از سوی دیگر یکی از راهبردهای مهم در جهت عینیت‌بخشی به اندیشه عملگرایانه، انعطاف‌پذیری در تعریف جرایم است. از گذر طفره رفتن درخصوص انشای دقیق تعریف جرایم، به کارگیری اصطلاحات نسبتاً مبهم و کاستن از شفافیت و صراحت قوانین کیفری، اصل‌گرایی حقوق کیفری، قضاوت قاعده‌محور، قواعد منبعث از قانون کنار گذاشته می‌شود و در انطباق اعمال ارتكابی با متن قانون، اختیارات گسترده‌ای به مقامات قضایی اعطا می‌شود (صفاری و همکاران، ۱۴۰۰: ۱۵۷-۱۸۷)، البته ناگفته نماند که از آنجایی که وضع قوانین کاملاً شفاف، صریح و بدون هیچ ابهامی به گستردگی مصادیق و عدم امکان تشخیص تمام مصادیق یک مقرر قانونی خود منتهی به کاهش کارآمدی قانون کیفری می‌شود، انعطاف‌پذیری عنصر قانونی می‌تواند عجز متن تقنینی در پیش‌بینی همه فروض قابل طرح را کم رنگ کند. از رهگذر متن منعطف، دادرسان در تطبیق قانون با تحولات جامعه به کنشگری پردازند و خلأهای قانون در پرتو عملکرد دادرسان و تفسیر متون منعطف تقنینی مرتفع شود (صفاری و همکاران، ۱۴۰۰: ۱۵۷-۱۸۷)، اما در مقابل این نکته

بر این اساس مطابق اصل قانونمندی و تفکیک قوا، مرجع تقنینی صالح باید تعیین‌کننده عناصر و مؤلفه‌های جرم باشد و تعیین هریک از این مؤلفه‌ها به غیر از مقام قانون‌گذار در قالب آیین‌نامه، مصوبات اداری و منابع فقهی و ... پراکندگی و تجزیه رکن قانونی را به همراه خواهد داشت. مسأله اصلی این است که باوجود اساسی‌سازی اصل قانونمندی جرم و مجازات در غالب نظام‌های حقوقی، جرم‌انگاری‌هایی انجام می‌گیرد که نه تنها سیاست‌گذاران جنایی را از حیث پابندی به حاکمیت قانون به چالش می‌کشد، بلکه نحوه تفسیر و اعمال قوانین کیفری را در مرحله قضایی تحت تأثیر قرار می‌دهد. جرم‌انگاری دامنه‌دار و بازبافت یکی از جرم‌انگاری‌های چالش‌برانگیز است که براساس آن متن جرم‌انگار به دلیل کاربست واژگان مبهم، موسع بیش از حد تفسیرپذیر بوده و آزادی عمل دادرسان را در کیفری تلقی کردن رفتارهای گوناگون، افزایش می‌دهد (صفاری و همکاران، ۱۴۰۰: ۱۵۷-۱۸۷).

قانون‌گذاران در تبیین رکن قانونی جرایم مخاطره‌آمیز<sup>۱</sup> در راستای تأمین سلامت و ایمنی افراد جامعه در پرتو ریسک، دچار مشکلات فراوان هستند. درواقع از یک‌سو، تمایل قانون‌گذاران به نگارش کلی و ابهام‌آمیز متن قانون است تا امکان آزادی تفسیر و شمول حداکثری وضعیت‌ها را فراهم سازد. از سوی دیگر، عدم گستردگی متون قانونی، احتمال عدم شمول وضعیت‌های ریسک‌زا و فرار بزهکاران را از شمول پاسخ کیفری فراهم می‌سازد (Geer & Pradel, 2002: 357).

در این موارد، مقنن به جای تبیین دقیق جرم و عنوان مجرمانه در متن قانون، از گذر به کارگیری مفاهیم بافت باز، هرگونه تبیین مفهوم و تعیین مصداق را به مقام قضایی واگذار می‌کند. انعطاف‌پذیری رکن قانونی پیرو به کارگیری عبارات موسع و تفسیرپذیر، باتلاقی شدن قانون کیفری<sup>۲</sup> را به دنبال دارد. وجود عمق<sup>۳</sup> در قانون کیفری به مقامات قضایی این جایگاه را اعطا می‌کند که گستره وسیعی از رفتارها را مجرمانه تلقی کرده و افراد را تحت تعقیب کیفری قرار دهند؛ جایی که کنشگران عدالت کیفری در دادسرا و دادگاه قادر هستند تا خوانش‌های

<sup>۱</sup> - جرم مخاطره‌آمیز، رفتاری اعم از فعل یا ترک فعل است که با هدف نقض امنیت و سلامت دیگران ارتکاب می‌یابد.

<sup>۲</sup> - Legal Swam به مفهوم امکان تفسیر موسع از متون قانونی است.

<sup>۳</sup> - Depth

در سه حالت نمود دارد: یا قاضی اختیار تغییر نوع یا میزان مجازات را دارد، یا اختیار اجرای ناقص مجازات یا اختیار در عدم اجرای مجازات. به جز تشدید کیفر و برخی صور جایگزین‌های حبس که قاضی اختیار در محدوده قانونی دارد، تعیین و اعمال سایر نهادهای کیفری همگی در اختیار قاضی است. تعیین قضایی کیفر، هرچند از جهت تفاوت‌های پرونده‌ای توجیه می‌شود، ولی به جهت عواملی مانند قانون‌گذاری ضعیف یا آزمایشی، تعدد پرونده‌ها، تجربه و سواد قضایی، روحیات قاضی و مواردی از این قبیل می‌تواند همراه با آسیب‌های جدی باشد (توحیدی نافع، ۱۳۹۴: ۱۱). علاوه بر انتخاب قضایی مجازات از سوی قاضی در جرایم تعزیری، موادی همچون مواد ۲۸۲ و ۲۸۳ قانون مجازات اسلامی که قائل به تخییر قاضی در انتخاب هر یکی از مجازات‌های چهارگانه اعدام، صلب، قطع دست و پا و نفی بلد، در جرایم حدی همچون حد محاربه می‌باشد نیز زمینه‌ای برای اعمال تفسیر عمل‌گرایانه و نفوذ سلیقه و اعتقادات شخصی قاضی در تعیین کیفر می‌باشد.

«از سوی دیگر، سیاست کیفرزدایی<sup>۲</sup>، ضمن این‌که انحصار شیوه‌های مبارزه علیه جرم در اعمال مجازات را نفی می‌کند، امکان تمسک به نهادهایی که به وضوح از رویکردهای سخت سرکوبی متمایز است را فراهم کرده است. در حقوق جزای اسلامی، نهاد «توبه»، از جمله تأسیساتی است که در راستای کیفرزدایی، در پرتو جلب همکاری بزهکار در فرآیند مبارزه با بزهکاری پیش‌بینی شده است. بدون تردید، مؤثرترین راه به منظور نیل به اهداف حقوق جزا، اقدامات داوطلبانه‌ای است که مجرم بدون احساس اعمال فشار از خارج، برای ترمیم آثار جرم ارتكابی و تغییر مسیر زندگی و اصلاح خویش انجام می‌دهد» (صادقی، ۱۳۹۲: ۱۷۴-۱۵۳). در ایران، اولین بار قانون راجع به مجازات اسلامی ۱۳۶۱، در ماده ۲۱۱، توبه را باعث سقوط مجازات دانست، سپس قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ و ۱۳۷۵، در موارد متعددی قبل و بعد از اثبات جرم در حدود و موارد محدودی در تعزیرات، توبه را از معاذیر ساقط‌کننده مجازات برشمرده است (صابر و رفیع‌زاده، ۱۳۹۴: ۹۴-۷۳). در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، قانون‌گذار با تفکیک نقش توبه

نیز نباید مغفول بماند که در حقوق کیفری، به مقتضای اصل قانونی‌بودن جرم و مجازات و قواعد فقهی همچون قبح عقاب بلا بیان، فعل یا ترک فعل ممنوعه باید با تمامی ارکان و شرایط تحققش به‌وسیله قانون‌گذار تبیین و اعلام گردد و تقنین با کلی‌گویی، دامنه باز و مبهم‌گونه، برخلاف تمامی اصول و قواعد پذیرفته‌شده در حقوق کیفری است. بر این اساس عناوینی مانند «تشویش اذهان عمومی»، «تظاهر به عمل حرام»، «تبانی برای اقدام علیه امنیت»، «اخلال در نظام اقتصادی»، «رباطه نامشروع» که فاقد مقیاس مشخص و قابل سنجش در متن قانون بوده و تعیین مصادیق آن‌ها به شکلی منعطف و قابل تفسیر، برعهده دادرس گذاشته شده، برخلاف این اصول و قواعد است.

## ۲-۲- کیفرگزینی و نهادهای ارفاقی

در حوزه مقررات کیفری، یکی دیگر از بسترهای قدرت عمل‌گرایانه قضات در مقام تفسیر و اعمال قوانین کیفری، «کیفرگزینی<sup>۱</sup>» و اعمال و اعطای نهادهای ارفاقی درخصوص فرد مجرم است. کیفرگزینی به معنای اختیارات قاضی در تعیین کیفر برای محکومان به ارتکاب جرایم است.

اعطای اختیارات گسترده به قاضی در کیفرگزینی، عدول از نگرش خشک و محدود نسبت به اصل قانونی‌بودن مجازات‌ها است. جوامع دریافته‌اند که اگر بخواهند به‌صورت عادلانه و آگاهانه به قانون‌گذاری کیفری دست بزنند، باید به تعداد شهروندان جامعه قانون‌گذاری کنند، زیرا هر جرمی تحت شرایط خاص و از سوی مجرم با شخصیت ویژه‌ای ارتکاب می‌یابد. بنابراین تنها دادرس پرونده است که شرایط مزبور را درمی‌یابد و جامعه و بزه‌دیده را در کنار آن لحاظ می‌کند. از این منظر، «تعیین قضایی کیفر» به‌نحو گسترده‌ای جایگزین «تعیین قانونی کیفر» شده است. «تعیین قضایی کیفر» شامل هر اقدام یا فرآیندی است که قانون برای قاضی تجویز کرده و اعمال آن را در اختیار قاضی نهاده است، هرچند این اختیار به طور موردی در تعیین اقدام تأمینی و نیز میزان جبران خسارت ناشی از بزه، قابل اعمال است، ولی در اصل، منطبق بر مفهوم خاص مجازات، یعنی واکنش اصلی به جرم است. اختیار قاضی

<sup>2</sup>- Depenalization Policy

<sup>1</sup>- Sentencing

موارد فوق‌الذکر را باید با این دید مورد مذاقه قرار داد که شرط احراز واقعی بودن توبه در قانون بیان نشده است، بنابراین باید به منابع شرعی مراجعه کرد، اما در منابع شرعی هم توبه باید واقعی باشد (زراعت، ۱۳۸۶: ۵۴-۲۹).

یقین قاضی به اصلاح و ندامت مجرم باتوجه به کثرت مجرمان، وجود سلیقه‌های مختلف در بین قضات و عدم ارتباط مستقیم بین قاضی صادرکننده حکم و مجرم نزدیک به محال است؛ بر این اساس عده‌ای بر این عقیده‌اند که با در نظر گرفتن اینکه یکی از اهداف اجرای مجازات، اصلاح مجرم می‌باشد و وقتی مجرمی بدون اجرای مجازات اصلاح شد، مجازات او تحصیل حاصل خواهد بود، مناسب است با اظهار توبه و ندامت، توبه او پذیرفته شود (صابر و رفیع‌زاده، ۱۳۹۴: ۸۷). در مقابل باید گفت که علاوه بر توبه باید عملی نیز از متهم ظاهر شود که دال بر توبه باشد، اما در قوانین و دستورالعمل‌ها، هیچ‌گونه سازوکاری درباره احراز توبه مقرر نگردیده است که این امر به نوبه خود موجبات صدور احکام ناعادلانه، تشتت آرا و سلیقه‌گرایی و کیفرگریزی<sup>۱</sup> قضایی در بین قضات بدین نحو که مقام قضایی با توسل به مصادیقی که تحت عنوان تأسیسات ارفاقی در قوانین کیفری احصا گردیده است (مانند توبه)، ضمن محفوظ داشتن همان عنوان جزایی که قانون‌گذار بر رفتار ارتكابی مترتب نموده است، مجازات مندرج در قانون برای رفتار مجرمانه را از آنچنان تخفیفی برخوردار می‌سازد که اساساً مجازات مبدل به امری صوری می‌گردد (سماواتی پیروز و بیگدلی، ۱۳۹۹: ۲۹-۱۳).

### ۲-۳- توسیع اعمال قاعده دراء و اصل برائت

«برائت<sup>۲</sup>» اصطلاحی است که هم در فقه به کار رفته است و کاربرد فراوان دارد، هم در قانون اساسی و حقوق مدنی، و هم در حقوق جزا، ولی هر کدام از آن‌ها مفهوم خاص خود را دارند.

در زبان علمای حقوق به‌عنوان «فرض قانونی<sup>۳</sup>» و در کلمات علمای اصول امامیه به نام «اصل عملی و یا قواعد اصولی و یا ادله فقهاتی» نامیده می‌شود. مراد از «اصل برائت<sup>۴</sup>» این است که تا وقتی دلیل قاطع بر تکلیف قانونی و شرعی نباشد،

در جرایم مختلف، تأثیر توبه در سقوط مجازات حدی را در ماده ۱۱۴ مورد حکم قرار داده و در ماده ۱۱۵ ضمن تفصیل جرایم تعزیری به اعتبار شدت و ضعف مجازات آن‌ها و بدون توجه به طبقه‌بندی این نوع از جرایم به تعزیرات شرعی و مجازات‌های بازدارنده، احکام ناظر به نقش توبه در تعزیرات را به گونه‌ای بیان کرده است که به‌موجب آن، گاه توبه موجب سقوط کیفر قلمداد شده و گاه به‌نوعی بر بی‌اثری آن حکم کرده است (صادقی، ۱۳۹۲: ۱۷۴-۱۵۳).

این رویکرد موسع قانون‌گذار در پذیرش توبه مرتکب در جرایم حدی، اگرچه امکانی به‌منظور اصلاح بزهکار از طریق نوسازگاری داوطلبانه وی را فراهم کرده است، لیکن توسعه این نهاد به جرایمی همچون جرایم جنسی به‌عنف و اکراه که بزه دیده این جرایم، بزرگ‌ترین و مهم‌ترین آسیب‌دیده از وقوع این جرایم می‌باشند، آن هم به شیوه‌ای که در قانون مجازات اسلامی به کار رفته است، زمینه‌های بروز آسیب‌های زیادی در سطح فردی و در جامعه را فراهم خواهد کرد. به عبارت بهتر، منظور این است که تالی فاسد پذیرش و توسیع این نهاد در جرایم جنسی آن هم به‌عنف و اکراه نه‌تنها موجب بهبود وضعیت نمی‌گردد، بلکه باعث به‌حق‌گراییدن بزه‌دیده خواهد شد و این بزه‌دیدگان را مبدل به قربانیان خاموشی خواهد نمود که علاوه بر آسیب‌های جسمی و روحی ناشی از رفتار بزهکار، باید شاهد بی‌کیفرماندن بزهکار نیز باشند. از سوی دیگر، همانطور که در ماده ۱۱۰ قانون مجازات اسلامی آمده، «در مواردی که توبه مرتکب موجب سقوط یا تخفیف مجازات می‌شود، اصلاح و ندامت وی باید احراز شود و به ادعای مرتکب اکتفا نمی‌شود»، این ماده در مقام بیان شرایط اثبات توبه و چگونگی احراز آن است که براساس آن، در مواردی که توبه اثرگذار است و موجب سقوط یا تخفیف مجازات می‌شود، دادگاه باید توبه یا ندامت فرد مرتکب را احراز کند و صرف این‌که متهم اعلام کند که توبه کرده، کافی نیست. این در حالی‌ست که قانون‌گذار شیوه احراز اصلاح و ندامت را بیان نکرده و بی‌شک احراز آن به‌عهده قاضی دادگاه است.

<sup>3</sup>- Legal Presumption

<sup>4</sup>- The Principle of Innocence

<sup>1</sup>- Impunity

<sup>2</sup>- Innocence

کننده مجازات باشد، صحیح نیست» (حاجی ده‌آبادی، ۱۳۸۴: ۶۲-۳۳) و توالی فاسدی همچون رواج دادگستری خصوصی را به دنبال خواهد داشت.

**۳- چالش‌های کاربری تفسیر عمل‌گرایانه در مقررات کیفری**  
اعتقاد و کاربری تفسیر عمل‌گرایانه در بین قضات محاکم کیفری که به‌نوعی مفسران سیاست جنایی تقنینی به‌شمار می‌آیند، نظام عدالت کیفری را با چالش‌های چندی مواجه می‌کند که در این قسمت از پژوهش حاضر به بررسی انواع این چالش‌ها خواهیم پرداخت.

### ۳-۱- عوام‌گرایی و ابزارگرایی کیفری

از مؤلفه‌های اصلی جامعه دموکراتیک، بهادادن به افکار عمومی<sup>۲</sup> پیرامون مسائل مختلف جامعه است. امروزه توجه بر افکار عمومی به‌عنوان پایه سیاست‌گذاری‌ها به‌ویژه سیاست‌گذاری کیفری، رکن اصلی اندیشه‌های سیاسی محسوب می‌شود. از طرف دیگر، مداخله ساختار سیاسی در حوزه سیاست کیفری، حقوق کیفری را به مسأله مهم اجتماعی با کارکرد تبلیغاتی - سیاسی تبدیل کرده است. این دو مؤلفه اساسی (تمرکز بر افکار عمومی و دخالت ساخت سیاسی)، رویکرد بدیع و جدیدی را با نام «عوام‌گرایی کیفری<sup>۳</sup>» به‌وجود آورده است. اتخاذ سیاست‌های کیفری همسو و همگام با پنداشت‌های عمومی، ناشی از همین رویکرد است. به‌عبارت دیگر، عوام‌گرایی کیفری همواره به نقش سرنوشت‌ساز باورهای مردم در سیاست جنایی می‌پردازد و همواره در تلاش برای جهت‌دهی به افکار مردم به سوی خواسته‌های خود است تا علاوه بر کسب مقبولیت و محبوبیت مردمی، سیاست‌های خاص خود را از این طریق دیکته کند (قماش و احمدی، ۱۳۹۷: ۵۰-۱۱). «رویکردهای عوام‌گرا در واقع بسترهای لازم را برای تحمیل سیاست‌های خاصی بر مردم و به نام خواست مردم فراهم می‌آورد. مراجعه مستقیم به آرای مردم و ساده‌سازی مسائل پیچیده عدالت کیفری و مشروعیت‌بخشیدن به اقدام‌های سطحی و بدون مبنای نظری، از جمله ویژگی‌های اصلی این رویکرد است. در این فضا، سیاست‌گذاری به‌ندرت از مجرای

مسئولیتی متوجه انسان نیست (میثمی عراقی، ۱۳۰۵: ۴۱۷)، زیرا به دلیل عقل و نقل، وقتی تکلیف و حکمی متوجه افراد جامعه است که دلیلی بر وجود آن باشد. این اصل ناظر بر فرض بی‌گناه‌بودن، به ویژه در مراحل دادرسی و در صورت نبود ادله کافی در جهت اثبات مجرمیت متهم کاربرد ویژه‌ای دارد (خزانی، ۱۳۷۷: ۱۲۵).

مشابه این نهاد، در فقه هم از قاعده‌ای بحث می‌شود که مشهور به «قاعده درء» است. نام این قاعده از روایت یا روایاتی گرفته شده که ماده «درء = منع» در آن به کار رفته است و معنای کلی‌اش این است: «از افرادی که متهم به خطا و عیبانی هستند که موجب حدّ (قصاص یا تعزیر) شود؛ با وجود شبهه‌ای که مورد قبول عقلا باشد، آن حد یا قصاص یا تعزیر برداشته می‌شود.» مدرک این قاعده روایت نبوی (ص)<sup>۱</sup> است که دلالت و محتوای آن مورد قبول علمای امت اسلام قرار گرفته است.

در قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲، قاعده درء و اصل برائت در مواد ۱۲۰ و ۱۲۱ این قانون به نحو مستقلی جلوه نموده است. یکی از حوضه‌های دیگر که قضات اختیار وسیعی در تفسیر عمل‌گرایانه از اصول و قواعد کیفری و فقهی دارند، استناد به قواعدی همچون قاعده درء و اصل برائت است.

«استناد به قاعده درء در آرای دادگاه‌ها و شعب دیوان عالی کشور و نیز هیأت عمومی دیوان عالی کشور بسیار به چشم می‌خورد. متأسفانه با مطالعه آرای محاکم و شعب دیوان عالی کشور، گاه دیده می‌شود که قضات در استناد به قاعده درء افراط ورزیده‌اند و با وجودی که ظواهر پرونده حاکی از مجرم‌بودن متهم است، به اندک شبهه‌ای حد را ساقط دانسته‌اند و با قاعده درء برخورد عقلایی نکرده‌اند. افراط در قاعده درء و سقوط حد به اندک شبهه و نیز افراط در اصل برائت و اصل احتیاط، گاه موجب صدور آرای شده که تعجب‌آور است و باعث سلب اعتماد مردم به دستگاه قضایی می‌گردد. این در حالی است که در قاعده درء باید نه افراط و نه تفریط کرد، بلکه باید حد عقلایی آن را پذیرفت، حدی که می‌توان گفت مستفاد از ادله است. افراط در قاعده درء به گونه‌ای که هر نوع شبهه‌ای ساقط

<sup>۱</sup> - قال رسول الله (ص): «ادرموا الحدود بالشبهات.»

<sup>۲</sup> - Public Opinion

<sup>۳</sup> - Penal Populism

کمیته‌های تخصصی و کارشناسی انجام می‌شود و رعایت ملاحظه‌های علمی و دغدغه‌های حقوق بشری در کنترل جرم همچون مانع و چالشی بر سر راه دفاع مؤثر از جامعه ارزیابی می‌شوند» (مقدسی و فرجیها، ۱۳۹۲: ۱۵۵-۱۳۷).

مشابه این مفهوم، ابزارگرایی کیفری نیز ناظر بر استفاده ابزاری از کیفر است؛ مفهومی که دارای بار ارزشی منفی بوده و به نوعی دلالت بر سوءاستفاده از کیفر دارد.

به‌عنوان مثال وقتی تصاویری از ارتکاب یک جرم خشن در میان عامه مردم فراگیر می‌شود و افکار عمومی خواستار محاکمه سریع و شدید مرتکبین می‌شود، نظام عدالت کیفری با برگزاری سریع دادگاه و اجرای اشد مجازات، بدون در نظر گرفتن کلیه حقوق دفاعی متهم، رضایت افکار عمومی را جلب می‌نماید یا در مواردی که افکار عمومی خواستار جرم انگاری<sup>۱</sup> یا جرم‌زدایی<sup>۲</sup> یا وضع کیفرهای شدید برای یک جرم خاص می‌شوند، قانون‌گذار با تغییر قانون در جهت افکار عمومی حرکت کند یا به‌منظور فریب افکار عمومی برای جمع‌آوری آرای مردم در انتخابات، از سیاست‌های کیفری مد نظر عامه مردم دفاع و آن‌ها را اجرا نمایند (نوبهار، ۱۳۸۷: ۵۰). به اعتقاد عمل‌گرایان، کیفری که دولت به اجرا می‌گذارد بر پایه ضرورت حفظ نظام حقوقی مبتنی است و نه بر پایه مسؤلیت اخلاقی و تقصیر مرتکب، لذا پیشنهاد می‌کنند که هر کجا ضرورت و مصلحت حفظ نظام اجتماعی اقتضا می‌کند، می‌توان به صرف وجود حالت خطرناک در یک فرد، نسبت به وی اقدامات تأمینی را به‌عمل آورد و به حقوق کیفری متوسل شد (اردبیلی، ۱۳۹۵: ۱۰۵/۱). پیش‌تر در مبحث مربوط به کیفرگزینی تبیین گردید که قاضی در راستای نمایش اقتدار دستگاه قضایی یا نمایش رأفت دستگاه قضایی و ... و با رویکردی ابزارگرایانه، امکان تفسیر عمل‌گرایانه را دارد که این امر سلامت نظام عدالت کیفری و اصل قانونی بودن مجازات‌ها را با چالش مواجه خواهد کرد.

۳-۲- وجود تشتت آرا و سلیقه‌گرایی بین قضات و کاهش اقتدار دستگاه قضایی

قاضی پراگماتیست در تصمیم‌گیری‌هایش، باوجود احترام به قانون، به آثار مناقشه‌مطروحه بین دو طرف در آینده نظر می‌افکند. برای دریافت این‌که یک رأی ممکن است چه آثاری داشته باشد، باید به ابزارهای تجربی دست یازید. گرایش به منطق تجربی به این معناست که برای قاضی پراگماتیست، مجموعه‌ای از دلایل نوین، معتبر و قابل اعمال است. قاضی پراگماتیست مجاز به استفاده از اطلاعاتی غیرحقوقی و تجربی، از قبیل اطلاعات جامعه‌شناختی یا اقتصادی است تا بتواند بر پایه آن پرونده‌ای منحصربه‌فرد در اختیار داشته باشد. بنابراین به‌جای تکیه بر اولویت هماهنگی با قانون، رویه قضایی و اصول کلی حقوقی، نتایج تفسیر را ترجیح می‌دهد (Posner, 1995: 252).

بدیهی است یکی از تبعات تشتت آرا، بالاترکلیفی مردم در جامعه و سرگردانی آن‌ها در برخورد با دستگاه قضایی است. اختلاف برداشت‌ها از قانون و دستوراتی که فی‌البداهه از سوی برخی مسؤولان صادر می‌شود موجب بی‌اعتباری دستگاه قضایی خواهد شد، چراکه گاهی برای صدور رأی یک پرونده هفته‌ها و ماه‌ها وقت صرف می‌شود و پس از طی مراحل متعدد بدوی و تجدید نظر و اعلام نظر قضات این دادگاه رأیی صادر شده، اما در یک جلسه از ملاقات‌های مردمی با مسؤولان قضایی، شکسته می‌شود که از نظر حقوق‌دانان این امر مطلوبی نیست.

از سویی دیگر و به‌نحو ویژه، از تبعات ناکارآمدی، عدم اقتدار و تضعیف نهادهای رسمی آن است که جامعه جهت احقاق حقوق خود به نهادهای رسمی اعتماد نخواهد کرد. دلیل قانون‌گریزی تنها به ضعف قانون منحصر نمی‌شود، بلکه گاه ناتوانی و ناکارآمدی مجریان و دستگاه‌های اجرایی موجبات نظم‌گریزی را فراهم می‌آورد. در هر صورت، نتیجه ضعف نهادهای رسمی، مربوط به ضعف قانون و یا ضعف مجریان، بی‌اعتمادی خواهد بود. در چنین شرایطی مردم ناخواسته به نادیده‌گرفتن قانون، برای پیشبرد هدف خویش وادار می‌گردند و به اقدامات خودسرانه و غیرقضایی روی می‌آورند (جوان‌بخت و محمدی، ۱۳۹۴: ۶۸-۴۵).

<sup>2</sup>. Decriminalization

<sup>1</sup>. Criminalization

### نتیجه‌گیری

هدف مقاله حاضر بررسی عمل‌گرایانه (پراگماتیسم) در مقررات کیفری، زمینه‌ها و چالش‌ها بوده است. یافته‌ها بر این امر دلالت دارد که قاضی ورای تفسیر متن‌گرایانه و حقوقی، مجاز به استفاده از اطلاعاتی غیرحقوقی و تجربی، از قبیل اطلاعات جامعه‌شناختی یا اقتصادی است. بسترها و زمینه‌های چندی موجبات ورود این دیدگاه به حیطه مقررات کیفری را فراهم نموده‌اند. ابهام‌گرایی و کلی‌گویی مقنن در تعیین عناصر جرایم و همچنین اختیار قاضی در تعیین کیفر قضایی یا اعطای نهادهایی ارفاقی همچون پذیرش توبه مرتکب، از جمله این زمینه‌ها هستند، البته چالش‌ها و مشکلات ناشی از توسعه این نوع تفسیر عمل‌گرایانه، به مراتب بیشتر است. مسائلی، از قبیل عوام‌گرایی و ابزارگرایی کیفری و درنهایت وجود تشتت آرا و سلیقه‌گرایی بین قضات و کاهش اقتدار دستگاه قضایی، از جمله نتایج چالش‌برانگیز این نوع رویکرد خواهد بود.

**ملاحظات اخلاقی:** در پژوهش انجام‌شده، حفظ اصالت متون و امانت‌داری در نقل‌گفتار، به‌عنوان مهم‌ترین بایسته‌های اخلاقی، مورد نظر نویسندگان بوده است.

**تعارض منافع:** تدوین این مقاله، فاقد هرگونه تعارض منافی بوده است.

**سهم نویسندگان:** نگارش و تنظیم مقاله مشترکاً توسط نویسندگان با سهم برابر انجام گرفته است.

**تشکر و قدردانی:** از تمامی کسانی که ما را در تهیه این مقاله یاری رسانده‌اند، سپاسگزاریم.

**تأمین اعتبار پژوهش:** این پژوهش بدون تأمین اعتبار مالی انجام گرفته است.

### منابع و مأخذ

#### الف. منابع فارسی

- اردبیلی، محمدعلی (۱۳۹۵). *حقوق جزای عمومی*. جلد اول، چاپ پنجاهم، تهران: نشر میزان.

- افراسیابی، محمد اسماعیل و مصطفی‌زاده، فهیم (۱۳۹۳). «بررسی رویکرد ابزارگرا به حقوق کیفری ایران در پرتو قانون اساسی». *فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی*، ۱۹(۶۸): ۴۶-۱۹.

- الشریف، محمدمهدی (۱۳۸۶). «صورتگرایی در استدلال قضایی- پژوهشی در نسبت بین قیاس قضائی و قیاس صوری». *فصلنامه حقوق*، ۳۷(۲): ۱-۴۰.

- انصاری، باقر (۱۳۸۷). *نقش قاضی در تحول نظام حقوقی*. چاپ اول، تهران: نشر میزان.

- پترسن، دنیس (۱۳۹۵). *مکاتب معاصر فلسفه حقوق*. ترجمه محمد مهدی ذوالقدری، چاپ اول، تهران: نشر ترجمان علوم انسانی.

- توحیدی نافع، جلال (۱۳۹۴). «تعیین مجازات در نظام قضایی ایران و مطالعه تطبیقی آن با حقوق انگلستان». رساله دکتری به راهنمایی استادان حسین میر محمد صادقی و نسرین مهرا، تهران: دانشگاه شهید مطهری.

- جوان‌بخت، محمد و محمدی، سهیلا (۱۳۹۴). «بازگشت به دوره دادگستری خصوصی در عدالت کیفری نوین». *فصلنامه فقه و تاریخ تمدن*، ۱۲(۳): ۴۵-۶۸.

- حاجی ده‌آبادی، احمد (۱۳۸۴). «قاعده درء در فقه امامیه و حقوق ایران». *مجله فقه و حقوق*، ۲(۶): ۳۳-۶۲.

- خزانی، منوچهر (۱۳۷۷). *فرآیند کیفری (مجموعه مقالات)*. چاپ اول، تهران: انتشارات گنج دانش.

- داوری اردکانی، رضا (۱۳۹۲). *فلسفه- ایدئولوژی و دروغ*. چاپ اول، تهران: انتشارات سخن.

- زراعت، عباس (۱۳۸۶). «توبه- عذر معاف کننده یا عامل سقوط مجازات». *مجله مطالعات اسلامی*، ۱(۷۷): ۲۹-۵۴.

- سلیمی، عبدالحکیم (۱۳۸۹). «پراگماتیسم و پیامدهای آن». *نشریه معرفت*، ۱۹(۱۵۴): ۳۱-۴۲.

- میثمی عراقی، محمود (۱۳۰۵). *قوامع الفضول عن وجه حقائق اصول علم الأصول*. چاپ اول، تهران: کتابخانه الکترونیک.

- نوبهار، رحیم (۱۳۸۷). *حمایت حقوق کیفری از حوزه‌های عمومی و خصوصی*. چاپ اول، تهران: انتشارات جنگل/ جاودانه.

- یآوری، اسدالله؛ مرادی برلیان، مهدی و مهرآرام، پرهام (۱۳۹۶). *اصول و معیارهای تفسیر قضایی در حقوق عمومی*. چاپ اول، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه.

#### ب. منابع انگلیسی

- Geert, C & Pradel, J (2002). *European Criminal Law*. 3<sup>rd</sup> ed., Paris: Kluwer Law International.

- Kreke, E (2004). "Economic analysis and legal pragmatism". *Journal of International Review of Law and Economics*, 23(4):421- 437.

- Lind, D (2012). "The Mismeasurement of Legal Pragmatism". *Journal of Washington University Jurisprudence Review*, 4(2): 213-268.

- Perelman, Ch (1968). *Raisonnement juridic- Droit- Moral et Philosophie*. 2<sup>nd</sup> ed., Paris: Published L.G.D.J.

- Posner, R (1995). *Overcoming Law*. 2<sup>nd</sup> ed., UK: Harvard University Press.

- Posner, R (2003). *Law Pragmatism and Democracy*. UK: Harvard University Press.

- سماواتی پیروز، امیر و بیگدلی، حسن (۱۳۹۹). «کیفرگرایی از منظر سیاست جنایی قضایی- از تأملات نظری تا ملاحظات عملی». *فصلنامه حقوقی دانشگاه اصفهان*، ۷(۳): ۱۳-۲۹.

- سیمایی صراف، حسین؛ عبدی‌پور، ابراهیم و معتمدی، جواد (۱۳۹۵). «هدف و منبع رویکرد تفسیری فقه اسلامی در قیاس با تفسیر کارکردگرا». *فصلنامه پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب*، ۳(۲): ۴۷-۷۰.

- شاهچراغ، سیدحمید (۱۳۹۳). «بررسی تأثیر نظریه عملگرایی حقوقی بر فرایند تصمیم گیری کیفری». رساله دکتری به راهنمایی استاد ابوالفتح خالقی، قم: دانشکده حقوق دانشگاه قم.

- صابر، محمود و رفیع‌زاده، علی (۱۳۹۴). «مقررات ماهوی و شکلی توبه در نظام قانون‌گذاری کیفری ایران». *فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی*، ۲۰(۷۱): ۷۳-۹۴.

- صادقی، محمدهادی (۱۳۹۲). «نقش توبه در حدود و تعزیرات». *پژوهشنامه حقوق کیفری*، ۴(۲): ۱۵۳-۱۷۴.

- صفاری، علی؛ صابری، راضیه و لکی، زینب (۱۴۰۰). «تنزل جایگاه اصل قانونمندی کیفری در پرتو آیین‌نامه‌ای شدن رکن قانونی جرایم». *مجله حقوقی دادگستری*، ۸۵(۱۱۵): ۱۵۷-۱۸۷.

- قماش، سعید و احمدی، انور (۱۳۹۷). «بسترهای پیدایش عوام‌گرایی در دادرسی کیفری». *فصلنامه تحقیقات حقوقی معاهده*، ۲(۳): ۱۱-۵۰.

- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۸). *گامی به سوی عدالت*. جلد اول، چاپ ششم، تهران: انتشارات میزان.

- کیوانفر، شهرام (۱۳۹۰). *مبانی فلسفی تفسیر قانون*. چاپ اول، تهران: شرکت سهامی انتشار.

- محمدغفوری، محمدرضا (۱۳۹۲). *استدلال قضایی در دو نظام بزرگ حقوقی صورت‌گرا و واقع‌گرا*. چاپ اول، تهران: انتشارات مجد.

- مقدسی، محمدباقر و فرجی‌ها، محمد (۱۳۹۲). «ویژگی‌های سیاست‌های کیفری عوام‌گرا- مطالعه تطبیقی». *فصلنامه مطالعات حقوق تطبیقی*، ۴(۲): ۱۳۷-۱۵۵.